

## La sanction d'infractions d'abus de position dominante à l'aune de l'affaire Post Luxembourg

L'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après, la « loi sur la concurrence ») et l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE ») interdisent le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché. Comme les ententes, de telles infractions au droit de la concurrence sont passibles de lourdes amendes, pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial réalisé par la société concernée sur le marché affecté par l'infraction, aussi bien sur base de l'article 20(2) de la loi sur la concurrence que, au niveau de l'Union européenne (UE), en vertu de l'article 23(2) du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (devenus articles 101 et 102 du TFUE)<sup>1</sup>.

Une position dominante est une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne la possibilité de se comporter, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs<sup>2</sup>. Afin de déterminer si une entreprise occupe une telle position, il y a lieu de définir préalablement le marché sur lequel elle agit.

Avoir une position dominante n'est pas interdit. Elle peut être le résultat d'une concurrence effective par les mérites, l'entreprise en position dominante étant plus efficace que ses concurrents. Cependant, l'entreprise dominante a une responsabilité particulière vis-à-vis de ses concurrents, responsabilité qui lui impose de veiller à ne pas abuser de sa position dominante<sup>3</sup>, que ce soit sur le marché où elle détient une position dominante ou sur des marchés distincts. En allant au-delà de la concurrence par les mérites, l'entreprise en position dominante abuse de sa position. Au final, c'est la protection du choix laissé au consommateur et du prix qu'on lui impose qui sont visés à travers la sanction d'abus de positions dominantes, le but n'étant pas de protéger des concurrents, mais une concurrence effective. Les pratiques d'entreprises en position dominante typiques pouvant donner lieu à un abus sont, en substance, la pratique de prix excessifs ou de prix prédateurs, le refus de vente, les rabais fidélisants accordés afin d'exclure des concurrents du marché, ou la discrimination.

L'examen de prétendus abus de positions dominantes occupe une place importante dans l'activité du Conseil de la concurrence (ci-après, le « Conseil »). Sur les 10 dernières années, le Conseil a rendu plus de 25 décisions en matière d'abus de position dominante contre seulement une douzaine en matière d'ententes entre entreprises concurrentes sur la même période<sup>4</sup>.

Ces chiffres doivent toutefois être nuancés : une grande partie de ces décisions concernaient un classement sans suite de plaintes lancées par des concurrents, notamment parce que le Conseil a considéré que l'entreprise visée par la plainte n'avait pas de position dominante ou que l'existence d'un abus n'avait pas été prouvée<sup>5</sup>.

Seulement dans trois cas, le Conseil a prononcé des sanctions, dont la plus importante était l'amende à hauteur de 2,52 millions d'euros imposée à l'Entreprise des postes et télécommunications (ci-après, la « Poste ») dans le cadre de la décision 2014-FO-07 du 13 novembre 2014.

Dans ce dernier cas, le Conseil a considéré que la Poste avait abusé de sa position dominante sur le marché de téléphonie fixe et Internet durant les années 2006 et 2007 par l'exercice de rabais de couplage au sein de son offre groupée de services « Integral » (ci-après, « l'offre Integral ») dans le but d'exercer un effet de levier sur les marchés de téléphonie mobile. La Poste a fait appel de cette décision devant le Tribunal administratif. Par jugement du 21 novembre 2016<sup>6</sup>, celui-ci annulé la décision 2014-FO-07. Sur appel devant la Cour administrative (ci-après, la « Cour ») par l'État luxembourgeois, agissant au nom du Conseil, la Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal administratif par arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2017<sup>7</sup>. L'amende imposée à la Poste a donc été définitivement annulée. Il sera revenu en détail sur les faits et la procédure de cette affaire ci-après.

Au niveau de l'Union européenne, les affaires d'abus de position dominante et les amendes importantes imposées dans certaines affaires emblématiques ne cessent d'occuper les discussions entre praticiens du droit de la concurrence au cours des dernières années. On peut mentionner, en particulier, le contexte de marchés caractérisés par de nouvelles technologies ou nouveaux modes de vente par rapport auxquels la Commission européenne (ci-après, la « Commission ») examine si les détenteurs de certaines technologies clefs n'utilisent pas une éventuelle position dominante tirée de leur avance technologique au détriment de concurrents et nouveaux arrivants<sup>8</sup>. Référence peut être faite à l'amende record de plus de 2 milliards d'euros imposée à Google en juin

dernier pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix sur le marché distinct de comparaison de prix<sup>9</sup>, décision sous pourvoi devant le Tribunal de l'Union européenne (ci-après, le « Tribunal UE »), ou à d'autres affaires en cours concernant cette même société. Par ailleurs, l'emblématique affaire *Intel* dans le cadre de laquelle la Commission a infligé en 2014 une amende de 1,06 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché d'un certain type de microprocesseurs, amende record à l'époque, vient de connaître un dénouement important par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « C.J.U.E. ») du 6 septembre 2017 annulant l'arrêt du Tribunal UE qui avait confirmé l'amende imposée par la Commission<sup>10</sup>. Cette contribution nous permet de revenir brièvement sur cet arrêt.

Les questions examinées aux différents stades de l'affaire *EPT* concernent certains aspects importants de la poursuite d'infractions au droit de la concurrence en général et de l'abus de positions dominantes en particulier. Seront examinés successivement ci-dessous, en premier lieu, les garanties procédurales, en deuxième lieu, l'établissement et l'analyse quant au fond de l'abus et, en troisième lieu, le rôle du juge dans les procédures de droit de la concurrence et la solution du litige retenue par lui en l'espèce. Il convient toutefois de rappeler d'abord brièvement le contexte de l'affaire à travers ses faits, le déroulement de la procédure administrative, le contenu de la décision 2014-FO-07, ainsi que les lignes principales des décisions judiciaires en cause.

### 1

#### Faits, décision 2014-FO-07 et procédure judiciaire

La Poste est un établissement public qui dispose du réseau de télécommunications le plus étendu au Luxembourg, aussi bien en ce qui concerne le réseau classique en paires de fils de cuivre qu'en ce qui concerne les réseaux dits de nouvelle génération, notamment en fibres optiques.

L'affaire trouve son origine dans une plainte déposée en avril 2006 par Tango, entreprise de services de télécommunication concurrente de la Poste, auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence. Une première demande de renseignements avait été adressée à la Poste le 11 août 2006. Le 17 janvier 2014, le Conseil a envoyé la communication des griefs à la Poste.

(1) J.O., 2003, L 1/1.

(2) C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, aff. 27/76, EU:C:1978:22, point 65.

(3) C.J.C.E., 9 novembre 1983, *Michelin c. Commission*, aff. 322/81, EU:C:1983:313, point 57.

(4) Voir [www.concurrence.lu](http://www.concurrence.lu).

(5) Ainsi, dans la décision récente 2017-C-02 du 21 juin 2017, le Conseil a rejeté une plainte contre Amazon Services Europe S. à r.l. (« Amazon ») pour un abus de position dominante allégué sur le marché des services de distribution offerts par des plateformes de vente en ligne.

(6) Trib. adm., 21 novembre 2016, n° 35847a du rôle, accessible sur <http://www.justice.public.lu/>.

(7) Cour adm., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 38930C du rôle, accessible sur <http://www.justice.public.lu/>.

(8) Un tel contexte est différent de celui de marchés caractérisés par d'anciens « monopolistes » détenteurs de réseaux qui entrent sur de nouveaux marchés voisins, tel que le contexte en cause dans l'affaire *la Poste*.

(9) Décision AT.39740 *Google Search (Shopping)* du 27 juin 2017.

(10) C.J.U.E., 6 septembre 2017, *Intel Corporation c. Commission*, aff. C-413/14 P, EU:C:2017:632.

À la fin de la procédure administrative, la décision 2014-FO-07 a retenu comme seul grief le caractère abusif des rabais de couplage pratiqués dans le contexte de l'offre Integral de la Poste<sup>11</sup>.

La décision 2014-FO-07 décrit l'offre Integral, introduite par la Poste en septembre 2005, comme une offre groupée ou multi-produits qui accorde aux clients des conditions et prix préférentiels à condition de souscrire un abonnement pour les trois composantes de l'offre, à savoir les abonnements de téléphonie fixe, de téléphonie mobile et l'abonnement Internet. L'offre accordait de nombreux rabais par rapport aux tarifs des services individuels concernés, mais la valeur des avantages dépendait du profil de consommation. Les rabais se répandaient à travers les trois services individuels (fixe, Internet et mobile) et contenaient plusieurs avantages différents, mais chaque consommateur bénéficiait d'un niveau minimal de remise<sup>12</sup>.

Le Conseil a défini les marchés de services en cause comme comportant, d'une part, les marchés de détail de la téléphonie sur réseau fixe, subdivisés en marchés de l'accès au réseau téléphonique public et ceux des services téléphoniques fixes et, d'autre part, les marchés d'Internet large bande, subdivisés en marchés de détail d'accès à Internet large bande et ceux de la fourniture en gros d'accès à Internet large bande et, enfin, le marché de détail des services sur réseaux mobiles. Il a considéré qu'il n'y avait pas lieu de définir un marché distinct pour les offres groupées pour la période incriminée de 2006 à 2007. D'un point de vue géographique, le marché national a été retenu<sup>13</sup>.

Notamment sur la base de données de l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après, l'« I.L.R. »), le Conseil a considéré que la Poste détenait une position dominante pendant la période 2006-2007 sur les marchés de détail et de gros d'accès au réseau téléphonique fixe, ainsi que sur le marché de détail et de gros d'accès à Internet large bande et qu'elle détenait également des parts de marché importantes (au-delà de 50 %) sur le marché de détail de téléphonie mobile, sans qu'il n'était toutefois nécessaire de déterminer si la Poste occupait également une position dominante sur ce marché<sup>14</sup>.

Pour la période de 2006 et 2007, le Conseil a considéré que la Poste avait, à travers cette offre, abusé de sa position dominante sur les marchés de téléphone fixe et d'Internet. À cet égard, après avoir rappelé une certaine ligne de jurisprudence de la C.J.U.E. selon laquelle des rabais à caractère fidélisant sont abusifs par nature ou *per se*, le Conseil a procédé à l'examen des effets de l'offre Integral<sup>15</sup> en se basant sur un test d'éviction effectué suivant une approche dite « composante par composante »<sup>16</sup>. En re-

vanche, pour l'année 2008, il a considéré, en se basant sur un test effectué suivant une approche dite « portfolio » ou « agrégée »<sup>17</sup>, d'une part, qu'il n'était pas établi qu'à cette époque l'offre Integral n'était pas répliquable économiquement et, d'autre part, que la concurrence par un opérateur alternatif au niveau des offres de groupe était vraisemblable<sup>18</sup>.

Dans le cadre du calcul de l'amende une fois l'abus de position dominante constaté, le Conseil a accordé une réduction de 50 % au titre de diverses circonstances : le fait que le régulateur avait approuvé l'offre pour la revente de l'abonnement Integral, les effets pro-concurrentiels des rabais en termes de bénéfice pour le consommateur, la bonne coopération de la Poste avec les autorités de concurrence et la longueur de la procédure administrative<sup>19</sup>.

Au stade juridictionnel, en première instance, le Tribunal administratif a considéré, en substance, que la décision 2014-FO-07 en cause avait été adoptée en violation manifeste de l'obligation de respecter un délai raisonnable compte tenu notamment du fait que la communication des griefs avait seulement été envoyée en janvier 2014. Par ailleurs, selon le Tribunal administratif, le droit d'accès au dossier de la Poste avait été violé parce qu'elle n'avait pas eu accès à certains statistiques au soutien de l'analyse de définition de marché effectuée par le Conseil. Il a également retenu qu'une demande d'informations adressée à la Poste comportait des défaillances impliquant sa nullité.

Quant au fond, le Tribunal administratif a considéré que l'analyse par le Conseil de la définition du marché était critiquable et qu'il avait appliqué une méthode d'analyse du système de rabais contesté qui ne respectait pas la Communication de la Commission n° 2009/C 45/02 — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité C.E. aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes sur ses priorités pour l'application de l'article 82 CE (devenu 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (ci-après, les « lignes directrices de la Commission sur les pratiques d'éviction abusive »)<sup>20</sup>. Le Tribunal administratif a conclu que, indépendamment de la question des conséquences à attacher aux aspects critiquables de la décision 2014-FO-07 individuellement, ceux-ci étaient une cause suffisante pour son annulation. Il a également fait valoir qu'une nouvelle analyse de l'affaire quant au fond serait contraire aux principes de délai raisonnable et de sécurité juridique.

Dans le cadre de son appel devant la Cour, l'État luxembourgeois, agissant au nom du Conseil, a contesté ces conclusions. Par ailleurs et avant tout, il a fait valoir que le Tribunal administratif avait commis une erreur de droit en se limitant à considérer que, pris ensemble, les prétendus manquements de la décision 2014-

FO-07 justifiaient son annulation sans examiner les effets de chacun de ceux-ci individuellement.

Dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2017, la Cour a confirmé la violation du principe du délai raisonnable. S'agissant du moyen principal, elle a confirmé l'existence d'une base suffisante d'annulation et a retenu, par ailleurs, que le Tribunal administratif avait critiqué à juste titre la manière dans laquelle un accès au dossier avait été accordé à la Poste et avait apprécié correctement les effets de certains défauts formels de la demande d'informations contestée. Elle a également confirmé l'existence de défauts dans la méthodologie appliquée par le Conseil pour analyser le prétendu abus de position dominante de la Poste.

## 2

### Les garanties procédurales

Les garanties procédurales accordées aux parties défenderesses concernent un aspect clef de la procédure de droit de la concurrence compte tenu du fait qu'elle peut aboutir à l'imposition de sanctions importantes. Ces garanties sont notamment tirées des principes généraux du respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable.

On trouve ces principes, jadis déjà exprimés dans la Convention européenne des droits de l'homme, désormais également consacrés à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, la « Charte »)<sup>21</sup>. Ils font partie du droit primaire de l'Union européenne et s'appliquent aux institutions, organes et organismes de l'Union européenne ainsi que, par extension, aux organes des États membres qui mettent en œuvre le droit de l'Union européenne<sup>22</sup>. L'article 41 de la Charte concerne le droit à une bonne administration en vertu duquel toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable. Au titre de ce droit, une personne a le droit d'être entendue avant qu'une mesure individuelle ne l'affecte défavorablement. Elle a le droit d'accès au dossier qui la concerne dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires, et l'autorité administrative est obligée de motiver sa décision. On trouve le droit d'accès au dossier consacré également à l'article 26, § 1, de la loi sur la concurrence.

Trois violations visant des garanties procédurales ont été retenues par les juges dans l'affaire *EPT*. Selon eux, la longueur excessive de la procédure administrative avait violé le droit de la Poste à être jugée dans un délai raisonnable, son droit d'accès au dossier avait été violé, et certaines demandes de renseignement lui envoyées durant la procédure administrative étaient nulles.

(21) Pour un ample exposé sur l'application de ces principes dans le contexte d'un contrôle de légalité en droit de la concurrence, voir L. BERNARDEAU et J.-P. CHRISTIENNE, « Les amendes en droit de la concurrence », Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 482 et s.

(22) Voir l'article 6, § 3, du Traité sur l'Union européenne (TUE) et l'article 51, § 1, de la Charte.

(11) Décision 2014-FO-07, point 21.

(12) Décision 2014-FO-07, points 134-136.

(13) Décision 2014-FO-07, points 26 et s.

(14) Décision 2014-FO-07, points 48-64.

(15) Décision 2014-FO-07, points 147-149.

(16) Cette approche présuppose que les offres groupées ou multi-produits sont en concurrence avec les offres des services individuels qui les composent. Il vise à vérifier que l'opérateur alternatif soit en mesure de concurrencer l'entreprise dominante, à savoir d'offrir des prix suffisamment bas pour le service individuel pour pouvoir compenser les rabais accordés par l'entreprise en position dominante sur l'ensemble des marchés concernés par la pratique de couplage (décision 2014-FO-07, notamment points 174-180 et 206).

(17) Cette approche présuppose que les relations entre différents services individuels sous-jacents ne doivent plus être étudiées sous l'angle du droit de la concurrence, mais que l'offre groupée doit être considérée comme un produit unique, la concurrence ayant lieu entre offres multi-produits. Il convient alors de se demander si le prix du groupe de produits dans son ensemble constitue un prix prédateur (décision 2014-FO-07, notamment points 173 et 179).

(18) Décision 2014-FO-07, points 174-206.

(19) Décision 2014-FO-07, point 124.

(20) J.O., 2009, aff. C 45/7.

### A. Délai raisonnable

La plainte à l'origine de l'affaire avait été déposée en avril 2006, une première demande de renseignements était parvenue à la Poste le 11 août 2006, mais la communication des griefs ne lui avait été communiquée que le 20 juin 2014.

Il semble difficilement contestable, comme l'ont considéré le Tribunal administratif et la Cour, que la première partie de la procédure administrative de presque huit ans écoulée entre la première demande de renseignements et l'envoi de la communication des griefs était excessivement longue, même en considérant la complexité du dossier. Le Conseil l'a d'ailleurs reconnu lui-même dans la décision 2014-FO-07 et, comme déjà relevé ci-dessus, en a tenu compte au niveau de l'amende en accordant une réduction de 50 % par rapport au montant de base au vu de la longueur de la procédure administrative parmi d'autres facteurs.

Toutefois, le Tribunal administratif a rappelé à juste titre que cette constatation à elle seule ne permet pas de conclure à l'annulation de la décision 2014-FO-07, faute d'éléments permettant de conclure que cette durée aurait violé les droits de la défense de la Poste<sup>23</sup>. Il ne résulte en tout cas pas du résumé de l'argumentation de la Poste repris dans le jugement dudit Tribunal que la Poste aurait présenté des éléments permettant de considérer qu'elle aurait subi un désavantage résultant de la longue durée de la procédure.

Une éventuelle prescription de l'affaire n'a pas été débattue.

La Cour retient néanmoins la qualification de « dépassement outrancier du délai raisonnable » comme un de plusieurs éléments permettant de confirmer l'annulation de la décision 2014-FO-07 sans renvoi au Conseil pour réexamen. On reviendra sur cette question dans le cadre de la section 4 ci-dessous.

### B. L'accès au dossier

En tant que corollaire du principe du respect des droits de la défense, le droit d'accès au dossier implique que l'autorité administrative doit donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense. Au niveau de l'Union européenne, le défaut d'accès à des documents ne peut entraîner l'annulation d'une décision litigieuse que pour

autant que, s'agissant de documents à charge, celle-ci se soit fondée exclusivement dessus. S'agissant de documents à décharge, l'entreprise doit démontrer qu'elle aurait pu utiliser ce document à décharge pour sa défense<sup>24</sup>.

Sur cette base, c'est seulement l'accès à certaines statistiques recueillies auprès de l'I.L.R. qui était considéré insuffisant par le Tribunal administratif et qui était réexaminé par la Cour. En cause étaient notamment des statistiques de l'I.L.R. relatives au nombre de clients Integral/large bande qui étaient masquées dans le fichier Excel qui avait accompagné la réponse dudit institut à une demande d'informations lui adressée pendant la procédure administrative. Selon l'État, il s'agissait de données qui émanaient de la Poste de sorte que le défaut d'accès n'aurait pas été sujet à critique. Cependant, comme retenu par le Tribunal administratif, la discussion entre les parties concerne aussi l'exactitude des conclusions tirées de ces données par l'I.L.R. et, donc, par le Conseil, s'agissant notamment de la date à laquelle le nombre de clients Integral dépassait le nombre de clients hors Integral. Cependant, il ne ressort pas clairement du jugement du Tribunal administratif si celui-ci est arrivé à la conclusion que le droit de la Poste à l'accès au dossier était violé en examinant le document litigieux ou s'il s'est contenté d'une analyse abstraite.

S'agissant de l'arrêt de la Cour, il s'étend brièvement sur le contenu des statistiques en relevant de manière assez énigmatique qu'« il se dégage en effet de l'ensemble des éléments du dossier une sorte de bloc sous-jacent constitué par les troncs communicants des chiffres essentiellement masqués émanant de la réponse de l'I.L.R. ».

Compte tenu des conséquences importantes attachées au constat de violation du droit d'accès au dossier de la Poste, on aurait pu espérer, aussi dans un souci de sécurité juridique à la fois pour les autres opérateurs que pour le Conseil, une plus grande clarté dans l'appréciation par la Cour.

### C. Vices attachés à certaines demandes de renseignement

S'agissant de la prétendue irrégularité de certaines demandes de renseignement, et notamment de celle adressée à la Poste le 30 mars 2010, le Tribunal administratif l'a également accueilli. Il a relevé la nullité que l'article 13, § 2, de la loi du 17 mai 2004 (comme l'actuel article 14, § 2, de la loi de 2011 sur la concurrence) attache à l'absence de mention de la base juridique et des sanctions relatives à la fourniture de renseignements dénaturés ou inexacts dans une simple demande d'information. Notons à nouveau que le Tribunal administratif ne semble pas avoir examiné le contenu spécifique de cette réponse ni la place qu'elle ait pu prendre pour constater l'infraction. L'État avait toutefois avancé des arguments selon lesquels la demande en cause concernait des questions qui n'ont finalement pas été retenues comme grief à l'encontre de la Poste de sorte que, selon lui, le grief était inopérant. Néanmoins, la démarche du Tribunal adminis-

tratif a été explicitement confirmée par la Cour. Elle a identifié la problématique des demandes de renseignement à nouveau comme un de plusieurs éléments à prendre en compte pour conclure à l'annulation de la décision 2014-FO-07 (voir section 4 ci-dessous).

## 3

### L'analyse quant au fond

Comme rappelé ci-dessus, dans la décision 2014-FO-07, le Conseil a considéré, en substance, que la Poste détenait une position dominante sur les marchés de téléphonie fixe et d'Internet en 2006 et 2007. Il s'est référé notamment aux parts de marché très élevées déterminées dans la communication des griefs, à savoir des parts de marché de plus de 90 % en termes de nombre d'abonnés entre 2005 et 2008 sur le marché de téléphonie fixe et au-dessus de 72 % en termes de nombres d'abonnés à Internet large bande pendant cette même période. À travers l'offre Integral, la Poste aurait abusé de sa position dominante sur ces deux marchés pour exercer un effet de levier sur le marché de téléphonie mobile. L'éviction de concurrents sur ce dernier marché aurait été démontrée à travers l'application d'un test d'éviction (voir la section 1 ci-dessus). Il en serait ressorti que l'effet d'éviction était avéré, c'est-à-dire que les concurrents sur le marché de téléphonie mobile ne pouvaient pas de manière rentable appliquer des rabais à hauteur des avantages combinés résultant de l'offre Integral de la Poste.

Les vices que les juridictions ont identifiés dans l'analyse du Conseil concernent la définition de marché et l'existence d'une position dominante ainsi que l'établissement de l'abus et de ses effets. Il convient toutefois de revenir d'abord brièvement sur le standard de preuve, lié à l'argument de l'État tiré de l'existence d'un abus de position dominante *per se* avancé au cours de la procédure judiciaire.

### A. Sur le standard de preuve

La sanction de pratiques de rabais mises en œuvre par des entreprises en position dominante est un sujet complexe. Il est généralement acquis qu'il existe des systèmes de rabais qui, même pratiqués par des entreprises dominantes, relèvent de pratiques commerciales normales et ne posent pas de problème au regard du droit de la concurrence. Il s'agit, par exemple, de rabais de quantité au titre desquels l'acheteur bénéficie d'un prix plus avantageux s'il achète une quantité plus grande<sup>25</sup>. La situation est différente pour des rabais qui rémunèrent un rapport exclusif. Ils peuvent mener à l'éviction de concurrents tout aussi efficaces que l'entreprise dominante, mais pour lesquels il n'est pas viable de pratiquer des prix aussi bas. Cela peut également être le cas pour des rabais qui, tout en n'étant pas dépendants d'un rapport d'exclusivité au sens strict, peuvent avoir un tel ef-

(23) Voir, en ce sens, arrêt du Tribunal UE du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commission*, aff. T-305/04, EU:T:1999:80, point 122 où il a été retenu que, lorsqu'il n'est pas établi que l'écoulement excessif du temps a affecté la capacité des entreprises concernées de se défendre effectivement, le non-respect du principe de délai raisonnable est sans incidence sur la validité de la procédure administrative. En effet, la violation du principe du respect du délai raisonnable est susceptible de justifier l'annulation d'une décision prise à l'issue d'une procédure administrative fondée sur l'article 101 ou 102 TFUE dès lors qu'elle emporte également une violation des droits de la défense de l'entreprise concernée (voir, en ce sens, C.J.U.E., 21 septembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commission*, aff. C-105/04 P, EU:C:2006:592, points 42 et 43, et C.J.U.E., 9 juin 2016, *CEPSA c. Commission*, aff. C-608/13 P, EU:C:2016:414, point 61).

(24) Voir, en ce sens, C.J.U.E., 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a. c. Commission*, aff. C-2/04/00 P, EU:C:2004:6, points 71-74.

(25) R. WISH et D. BAYLEY, « Competition Law », Oxford, Oxford Press, 2015, pp. 769 et s.



fet, comme certains rabais de fidélité ou de couplage, dépendant de l'achat d'une certaine quantité ou de plusieurs produits auprès du même fournisseur. Si un abus est constaté, l'entreprise en position dominante peut apporter des justifications objectives pour une telle pratique, mais la charge de la preuve qui pèse sur elle est très élevée. Une question préliminaire délicate est celle de savoir sous quelles conditions la pratique tarifaire doit être considérée comme abusive.

En l'espèce, il a déjà été relevé que, par l'argument tiré de l'existence d'un abus de position dominante *per se*, l'État a réclamé une requalification de l'abus retenu dans la décision 2014-FO-07 comme étant une infraction *per se* au droit de la concurrence, à savoir de retenir l'existence d'un système de rabais contraire à l'article 102 TFUE sans qu'il soit nécessaire de procéder à une analyse de ses effets réels d'éviction sur le marché parce qu'il s'agirait de rabais de fidélité assimilables à une obligation d'approvisionnement exclusif. L'argument de l'État était inhabituel. En effet, comme le Tribunal administratif a relevé, le Conseil n'avait pas fondé la décision 2014-FO-07 sur une approche *per se* car il avait procédé à l'application d'un test économique pour examiner l'effet d'éviction des rabais contestés en l'espèce.

La démarche de l'État a pu être inspirée par l'arrêt du Tribunal UE dans l'affaire *Intel* (arrêt du 12 juin 2014, *Intel c. Commission*, aff. T-286/09, EU:T:2014:547). Cette affaire concernait, en substance, des rabais offerts par Intel à des producteurs d'ordinateurs sous condition que ces derniers achètent tous ou une très grande quantité de leurs besoins pour certains micro-processeurs auprès d'Intel dans le cadre d'une stratégie destinée à exclure du marché son seul concurrent sérieux. Le Tribunal de l'Union européenne avait retenu (points 84 et 85), en substance, qu'il existe une catégorie de rabais, les rabais d'exclusivité, pour lesquels il n'est pas nécessaire d'apprécier l'ensemble des circonstances les entourant compte tenu du fait que de tels rabais, si accordés par une entreprise en position dominante, ont par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence.

Le Tribunal administratif a cependant rejeté une approche *per se* en se référant notamment à l'arrêt de la C.J.U.E. du 27 mars 2012 dans l'affaire C-209/10, *Post Danmark I* (ci-après « *Post Danmark I* »). Dans cet arrêt, la C.J.U.E. a retenu que tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence. En effet, par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation de concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs, du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation (point 21). Une même approche résulte, par ailleurs, des lignes directrices de la Commission sur les pratiques d'éviction abusive, comme le Tribunal administratif l'a également rappelé. Donc *in fine*, l'approche économique prévaut.

La Cour a confirmé cette analyse.

Notons qu'entretemps l'arrêt de la C.J.U.E. dans l'affaire *Intel*, précité, a ravivé le débat autour de la possibilité de retenir des infractions *per se* en matière d'abus de positions dominantes, et

ce notamment à l'égard de rabais de fidélité menant à des quasi-exclusivités.

En effet, après avoir rappelé la jurisprudence *Post Danmark I* et tout en considérant que les rabais d'exclusivité ou de quasi-exclusivité sont présumés illicites, la C.J.U.E. a conclu que cette présomption peut être renversée par l'entreprise dominante si elle démontre que sa pratique n'a pas la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire des effets d'éviction sur les concurrents (points 138 à 140 de l'arrêt C-413/14 P). Ce sera alors à l'autorité de concurrence, le cas échéant, de démontrer le contraire en analysant notamment la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces. Le Tribunal UE n'ayant pas examiné les preuves avancées par Intel à cet égard dans son arrêt du 12 juin 2014, ce dernier a été annulé et l'affaire a été renvoyée devant ledit Tribunal pour qu'il examine, à la lumière des arguments avancés par Intel, la capacité des rabais litigieux à restreindre la concurrence.

On peut donc lire dans l'arrêt *Intel* une incitation pour les autorités de concurrence d'adopter une approche guidée par les effets dans l'analyse de pratiques prétendument abusives d'entreprises en position dominante, et ce également dans le contexte de rabais<sup>26</sup>.

Au vu de tous ces éléments, et même si la question était surabondante pour juger de la validité de la décision 2014-FO-07 compte tenu du fait que, comme rappelé à la section 1 ci-dessus, le Conseil avait examiné l'effet d'éviction des rabais contestés en l'espèce, le Tribunal administratif et la Cour ont retenu à juste titre que l'argumentation de l'État avancée au stade judiciaire de l'affaire, visant à retenir une infraction *per se* à l'égard de la Poste, devait être écartée. En effet, il n'aurait pas été possible de retenir que, indépendamment de la nature des rabais accordés, ils devraient en toute hypothèse être considérés comme abusifs quand ils seraient offerts par une entreprise en position dominante sans qu'il y ait besoin d'examiner concrètement leurs effets d'éviction.

## B. La définition du marché pertinent

Une telle analyse est généralement conduite sur la base des concepts retenus par la Commission dans sa communication 97/C372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence ainsi que sur les lignes directrices de la Commission sur les pratiques d'éviction abusive<sup>27</sup>. Il s'agit avant tout de déterminer, d'un point de vue du marché des produits, quels produits le consommateur considère comme substituables.

(26) Voir pour plus d'analyse, par exemple, P. IBANEZ COLOMO, « Comments on Case C-413/14 P, Intel : presumptions, effects-based analysis and open questions », [www.chillingcompetition.com](http://www.chillingcompetition.com) et N. PETIT, « The judgment of the EU Court of Justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases (December 12, 2017) », SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3086402>. Le dernier auteur analyse l'arrêt en cause notamment comme introduisant dans les affaires d'abus de position dominante une analyse de mise en balance selon la théorie de « rule of reason » du droit antitrust des États-Unis.

(27) Il s'agit d'instruments juridiques qui peuvent être une source d'inspiration pour les autorités et juridictions nationales, mais qui, contrairement aux Traités UE, aux règlements et à la jurisprudence de la C.J.U.E., ne les lient pas.

L'analyse des marchés pertinents dans la décision 2014-FO-07 s'était appuyée sur et avait confirmé en grande partie l'analyse faite dans la communication des griefs qui, à son tour, reposait dans une large mesure sur les données de l'I.L.R. Le Conseil avait toutefois examiné si cette analyse et ces données devaient être remises en cause.

Le Tribunal administratif avait critiqué à cet égard l'absence d'une analyse propre de la part du Conseil sur plusieurs points. Seulement le point de savoir si le Conseil avait oui ou non à suffisance de droit examiné la question de l'existence avant 2008 d'un marché de produits séparé pour les offres groupées telle que l'offre Integral, c'est-à-dire comprenant des offres de services incluant à la fois la téléphonie fixe, l'accès à Internet large bande et la téléphonie mobile, était encore débattu devant la Cour.

Il s'agissait, en substance, de la question de savoir si les services en cause dans l'offre Integral s'achetaient individuellement, éventuellement auprès de prestataires différents, ou nécessairement dans le cadre d'une offre groupée. Offres individuelles et groupées seraient substituables si une légère augmentation de prix de l'offre groupée poussait le consommateur à choisir une offre individuelle et vice versa. La question était importante, d'une part, pour déterminer la position de force de la Poste, sans doute plus importante pour le marché de téléphonie fixe ou d'accès à l'Internet large bande que sur un marché d'offres groupées incluant de tels produits. D'autre part, la reconnaissance de l'existence d'un marché séparé pour offres groupées aurait impliqué l'application d'un autre test pour démontrer un éventuel effet d'éviction de concurrents créé par l'offre Integral<sup>28</sup>.

Pour conclure à l'absence de l'existence d'un marché séparé pour produits groupés en 2006 et 2007, le Conseil s'était d'abord reposé sur des affirmations de la Poste, qui avait affirmé, dans une procédure séparée concernant des mesures conservatoires, qu'il n'existait pas de marché séparé pour des offres groupées avant 2008. Il a également fait référence à son examen de la question dans une décision concernant la Poste de 2008 ainsi qu'à l'opinion d'autorités de concurrence d'autres États membres sur la question qui ressortaient de la réponse à une demande d'information à leur égard dans le cadre de la coopération entre autorités de concurrence<sup>29</sup>.

Ensuite, notons que, même si c'est dans une partie ultérieure de la décision 2014-FO-07, notamment dans le cadre de l'analyse du caractère abusif de l'offre Integral, le Conseil avait examiné davantage la question de la substituable entre offres individuelles et groupées et l'évolution dans le temps de l'importance des offres groupées sur le marché luxembourgeois, sur base notamment de statistiques de l'I.L.R. Il a conclu à une évolution du marché vers une concurrence se jouant majoritairement au niveau des offres groupées à partir de 2008<sup>30</sup>.

(28) Voir notamment les notes en bas de page n°s 14 et 15 ci-dessus.

(29) Décision 2014-FO-07, points 43 et 44. Il apparaît que cette réponse n'a toutefois été communiquée qu'au stade de la procédure de pourvoi devant la Cour.

(30) Il est également fait référence à l'analyse dans la communication des griefs, dont le contenu n'est toutefois pas public.

La Cour confirme la constatation du Tribunal administratif quant à l'absence d'une analyse propre de la part du Conseil sur ce point ainsi que l'absence d'une « analyse concrète effectuée ex post sur base de la situation effective sur le terrain durant les deux années en question en relation avec l'absence éventuelle d'un pareil marché spécifique des offres multi-produits ».

Il est donc retenu à l'encontre du Conseil de ne pas avoir examiné en plus de détail des circonstances factuelles qui ont pu lui paraître acquies compte tenu de l'attitude de la Poste et certaines autres circonstances du dossier. Par ailleurs, comme il ressort de l'arrêt de la Cour<sup>31</sup>, le Conseil a pu croire trouver confort dans les échanges entretenus pendant la procédure administrative avec la Commission sur la question de la délimitation des marchés, dont les détails n'ont pas été communiqués. S'agissant de l'exigence d'une vérification ex post de l'exercice de définition de marché, il ne semble pas tout à fait clair quelle exigence est réellement posée par la Cour, les données statistiques de l'I.L.R. invoquées dans la décision 2014-FO-07 datant notamment de 2012.

Ce manque d'approfondir la question de l'existence d'un marché séparé pour produits groupés, qualifié de « défaut de méthodologie » par la Cour, a eu de lourdes conséquences pour la suite de l'appréciation. En effet, selon la Cour, les deux questions essentielles subséquentes à répondre, à savoir celle de l'existence d'une position dominante et celle de l'existence d'un abus, s'en trouvent viciées.

Comme rappelé ci-dessus, le Conseil a examiné les effets d'éviction de l'offre Integral, mais le Tribunal administratif lui a reproché d'avoir appliqué un test erroné. Le débat clef sur les effets de la pratique tarifaire de la Poste et comment les apprécier n'a donc pas trouvé d'aboutissement.

## 4

### Le rôle du juge et la solution retenue

Comme le Tribunal administratif l'a rappelé<sup>32</sup>, le recours de pleine juridiction ouvert contre les décisions du Conseil imposant des amendes est un recours en réformation qui permet au juge administratif de statuer à nouveau en lieu et place de l'administration, sur tous les aspects d'une décision administrative. Le juge est appelé à ne pas seulement contrôler la légalité de la décision que l'administration a prise sur base d'une situation de droit et de fait telle qu'elle s'est présentée à elle au moment où elle a été appelée à statuer, mais encore à vérifier si son appréciation se couvre avec celle de l'administration et, dans la négative, à substituer sa propre décision à celle de l'administration, indépendamment de la légalité de la décision déferée<sup>33</sup>. Le juge statue toutefois dans les limites des moyens utilement produits devant lui.

Il a déjà été indiqué ci-dessus que le Tribunal administratif a considéré que, indépendamment de la question des conséquences à attacher aux aspects critiquables de la décision 2014-FO-07 individuellement, pris ensemble ceux-ci étaient une cause suffisante pour son annulation et celle de l'amende. Statuant alors en tant que juge de la réformation, il a fait valoir qu'une nouvelle analyse de l'affaire quant au fond, que ce soit par lui-même ou en renvoyant l'affaire devant le Conseil en vue d'une nouvelle instruction, serait contraire aux principes de délai raisonnable et de sécurité juridique<sup>34</sup>.

Sans surprise, la légalité de l'approche consistant à, sans tirer les conséquences des aspects qualifiés de « critiquables » de la décision 2014-FO-07 pris individuellement, conclure à l'annulation de celle-ci dans son intégralité, a été remise en cause par l'État devant la Cour. Celle-ci n'y a toutefois pas trouvé de mal, mais l'a, au contraire, accentuée. Selon elle, en substance, compte tenu de la nature évolutive et complexe des affaires de droit de la concurrence, une analyse de mise en balance était possible. Suivant une telle analyse, les effets cumulatifs de différents manquements peuvent conduire à l'annulation d'une décision administrative même si individuellement chacun de ceux-ci

n'auraient pas eu cet effet. Plus précisément, selon la Cour, « dans une matière évolutive telle celle sous analyse, l'effet de balance est d'autant plus prononcé et pour une procédure complexe, tel grief, fût-il isolé, n'aurait pas fait pencher la balance, tandis que l'accumulation de plusieurs griefs, même si de manière isolée ils n'avaient pas fait pencher le plateau vers l'annulation de la décision, peut cependant, suivant les circonstances de la cause, emporter précisément cette conséquence juridique »<sup>35</sup>.

La nature évolutive et complexe des dossiers de droit de la concurrence, en particulier concernant l'abus de position dominante dans des marchés à haute technicité, ne saurait être niée. Le Tribunal administratif et la Cour ont, certes, également raison de rappeler qu'un des objectifs de la sanction d'infractions au droit de la concurrence est la dissuasion, qui requiert une certaine expédition pour ne pas perdre son effet. On peut toutefois s'étonner que la Cour y trouve un argument pour justifier une solution juridique qui, tout en permettant une approche dite « synthétique » et donc plus rapide, semble difficilement pouvoir garantir la sécurité juridique, toutefois également essentielle dans une matière aussi évolutive et complexe. Notons d'ailleurs que la Cour n'a cité aucune source de jurisprudence à l'appui de cette démarche menant à écarter d'emblée l'examen de la question de savoir si, en dépit des différents aspects jugés « critiquables » de la décision 2014-FO-07, la possibilité de confirmer l'existence d'un comportement abusif devait nécessairement être écartée. Aussi bien l'autorité administrative que les parties concernées ne devraient pas voir le jugement ultime sur des affaires de grande importance économique livré à un exercice incertain de mise en balance, qui semble pouvoir impliquer un degré de discrétion judiciaire.

S'agissant des conséquences attachées au dépassement qualifié de « caractérisé » du délai raisonnable dans le cadre de la procédure administrative, le Tribunal administratif et la Cour ont considéré qu'il s'agissait non seulement d'un des éléments menant à l'annulation de la décision attaquée, mais que, en outre, un renvoi de l'affaire devant le Conseil pour nouvelle instruction en aurait aggravé les effets compte tenu du fait que le comportement sanctionné avait pris fin au plus tard en 2008 et que le jugement du Tribunal administratif n'était intervenu qu'à la fin de 2016. La démarche semble à nouveau essentiellement justifiée par référence à l'exigence d'efficacité et d'une certaine rapidité imposée par la nécessité de donner aux sanctions en droit de la concurrence un caractère dissuasif. Ainsi, le Tribunal administratif et la Cour semblent s'écarter de la jurisprudence du juge de l'Union européenne selon laquelle, la violation du principe de l'observation d'un délai raisonnable dans la conduite des procédures administratives en matière de politique de la concurrence peut conduire à l'annulation de la décision à la condition qu'elle ait affecté la capacité des entreprises en cause à défendre leur position et, partant, ait porté atteinte à leurs droits de la défense<sup>36</sup>. Relevons, par ailleurs, que l'affaire *Intel* discutée ci-dessus vient d'être renvoyée par la C.J.U.E. au Tribunal de l'Union pour réexamen de moyens relatifs à certaines

(33) Ce pouvoir est plus large que celui des juges de la C.J.U.E. dans les affaires de droit de la concurrence : ce n'est que par rapport aux amendes prononcées par la Commission que cette dernière dispose d'un pouvoir dit de pleine juridiction, qui lui permet de substituer sa propre décision à celle de l'administration. Au-delà du recours en annulation sur la base de l'article 263 TFUE, les décisions de la Commission imposant des sanctions sont, conformément à l'article 261 TFUE et à l'article 31 du règlement n° 1/2003 soumises à un contrôle de pleine juridiction par la C.J.U.E. La portée du contrôle de légalité s'étend à l'ensemble des décisions de la Commission relatives aux procédures d'application de l'article 102 TFUE, alors que la portée de la compétence de pleine juridiction prévue à l'article 31 du règlement n° 1/2003 est limitée aux éléments de telles décisions fixant une amende ou une astreinte (arrêt C.J.U.E. du 10 juillet 2014, *Telefonica e.a. c. Commission*, aff. C-295/12, EU:C:2014:2062, point 42 et jurisprudence citée).

(34) Page 61 du jugement du Tribunal administratif.

(35) Page 8 de l'arrêt de la Cour.

(36) Voir la jurisprudence citée à la note en bas de page n° 23 ci-dessus.

(31) Cour adm., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 38930C du rôle, p. 15.

(32) Trib. adm., 21 novembre 2016, n° 35847a du rôle, pp. 6-7.



**strada lex**

L U X E M B O U R G

Pour toute question, présentation personnalisée ou formation gratuite, contactez-nous au **+352 27 86 07 30** ou à **info@stradalex.com**.

**www.stradalex.lu**

preuves et ce pour des faits s'étant produits entre 2002 et 2007<sup>37</sup>.

## 5

## Conclusion

L'issue de l'affaire *EPT*, qui constitue une victoire manifeste pour cette dernière, est avant tout une invitation au Conseil à la plus grande rigueur dans la conduite de la procédure administrative et dans l'analyse quant au fond de pratiques prétendument anticoncurrentielles.

Il en va de même pour la confirmation de l'exclusion d'une approche *per se* s'agissant de pratiques de rabais jugées abusives par une entreprise en position dominante et l'attachement à une analyse des effets sur la concurrence de telles pratiques.

Néanmoins, l'arrêt de la Cour interpelle s'agissant de la prise en considération d'un effet de balance pour juger des conséquences à attacher à plusieurs griefs pris ensemble dans le cadre d'un exercice qui se veut synthétique, mais qui soulève des questions quant à son effet pour la sécurité juridique.

S'agissant de l'approche sévère des juridictions en matière de violation du délai raisonnable, il reste à voir si elle pourra affecter des entreprises actuellement visées par des procédures devant le Conseil, ce dernier pouvant être mené à un certain arbitrage pour classer plus facilement des affaires plus anciennes risquant sinon de se voir sanctionner à ce titre.

Enfin, l'issue de l'affaire *EPT* est une occasion ratée pour le plaignant d'avoir une décision constatant une infraction au droit de la concurrence lui offrant un argument fort pour entamer une procédure en réparation du préjudice éventuellement subi par lui. En effet, dans le contexte de la loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence, une violation du droit de la concurrence constatée par une décision définitive du Conseil est considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts au titre de l'article 101 ou 102 du TFUE ou des articles 3 ou 5 de la loi sur la concurrence, ce qui a pour but de faciliter l'obtention de réparation devant le juge civil par des tiers concernés.

Cependant, cet autre volet de la dissuasion en matière d'infractions au droit de la concurrence constitué par les actions en réparation devant le juge civil ne peut que pleinement jouer son rôle si les autorités administratives et judiciaires sont équipées et volontaires pour mener efficacement et jusqu'au bout l'examen d'infractions au droit de la concurrence, même quand cet examen se révèle être complexe.

Léon GLODEN  
Avocat à la Cour

Katrien VERANNEMAN  
Avocat à la Cour

### CASSATION. — Irrecevabilité des moyens de cassation fondés sur la violation d'un principe général du droit. — Exceptions.

Cour de cassation, 26 octobre 2017

Comp. : J.-C. Wiwinius (prés.), R. Ludovicy, N. Edon, C. Heyard (rapp.) et C. Kerschen

Min. publ. : M. Schmitz.

Av. : P. Penning et S. Delhay.

(Arrêt n° 74/2017).

*La violation d'un principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale.*

#### Sur les faits.

Attendu, selon le jugement attaqué, que le tribunal de paix d'Esch-sur-Alzette, saisi le 17 décembre 2013 par la société à responsabilité limitée X. d'une demande en résiliation, pour non-paiement des loyers, du contrat de bail conclu avec la société à responsabilité limitée Y., A., B. et C., avait dit que suite à la déclaration de faillite de la société à responsabilité limitée Y. par jugement du 17 février 2014, la demande en résiliation judiciaire était devenue sans objet du fait de la résiliation de plein droit du contrat de bail par application de l'article 21 de ce contrat disposant qu'en cas de faillite le bail prendra fin automatiquement, avait déclaré fondée la demande en paiement d'arriérés de loyer, mais avait rejeté les demandes en allocation d'une indemnité de relocation et de dommages-intérêts forfaitaires sur base d'une clause pénale ; que sur appel, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a confirmé le jugement entrepris ;

#### Sur le premier moyen de cassation.

tiré « de la violation du principe général du droit d'irrévocabilité de la saisine judiciaire

» En ce que le jugement attaqué

» "Par ces motifs

» "Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quatorzième chambre, siégeant en matière de bail commercial et en instance d'appel, statuant contradictoirement,

» "rejette le moyen tiré du libellé obscur,

» "reçoit l'appel principal et les appels incidents en la forme, les dit non fondés, partant

» "confirme le jugement entrepris, sauf à i) donner acte aux parties que tous les arriérés de loyers et d'indemnités d'occupation ont été apurés, ii) préciser que la demande en remboursement de la garantie locative a été formulée par la société à responsabilité limitée Soc2 s. à r.l., en faillite, et qu'elle laisse d'être fondée dans son chef,

» "dit irrecevable la demande en obtention d'une indemnité de procédure formulée par pour la première instance,

» "donne acte à la société à responsabilité limitée Soc1 s. à r.l. de l'augmentation de sa demande relative à l'indemnité d'occupation,

» "la dit recevable mais non fondée, partant en déboute,

» "dit non fondées les demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure formulées, pour l'instance d'appel, par les parties respectives au litige,

» "condamne la société à responsabilité limitée Soc1 s. à r.l. aux frais et dépens de l'instance d'appel"

» Aux motifs que

» "Il suit d'ores et déjà des considérations qui précèdent que si c'est à juste titre qu'Soc1 fait plaider que nonobstant la survenance en cours d'instance de la faillite de Soc2, l'appelante avait le droit de maintenir sa demande tendant à voir prononcer la résiliation du bail aux torts exclusifs des preneurs, il n'en reste pas moins que la résiliation, respectivement la résolution du bail, ne produit pas ses effets de manière rétroactive au jour de la demande. À noter d'ailleurs que dans le cas d'espèce, sur lequel l'appelante s'appuie pour asseoir son argumentation, il ne s'agissait pas d'une demande en résolution d'un contrat de bail, mais d'un contrat de vente.

» "Quant au fond, quant à la demande en résiliation du bail, le tribunal ne peut que constater que dans la mesure où Soc2 a été déclarée en état de faillite, l'article 21 du contrat de bail trouve à s'appliquer, le bail ayant partant automatiquement, respectivement de plein droit, pris fin à cette date, ce non seulement à l'égard de la société tombée en faillite, mais également à l'égard de tous les preneurs, étant précisé que i) l'immeuble loué servait de manière exclusive à l'exploitation, par le biais de Soc2 (*cfr* préambule du contrat de bail), d'un restaurant, ii) dès la faillite de Soc2, le bail n'avait plus de raison d'être, l'exploitation stipulée dans le contrat de bail ayant, dès cet instant, pris fin.

» "Au vu des stipulations claires et précises de l'article 21 du contrat de bail, qui précise que, 'en cas de faillite du preneur, le bail prend fin automatiquement de plein droit', sans opérer de distinction entre les différents preneurs, il ne fait aucun doute que par la déclaration en faillite du preneur Soc2, le bail prenait fin, de plein droit, à l'égard de tous les preneurs, une solution inverse allant à l'encontre de la lettre et de l'esprit du contrat de bail. Si le bailleur avait l'intention de lier les preneurs A., B) et C) au-delà la survenance de la faillite dans le chef de Soc2, il aurait fallu le stipuler de manière expresse, en retenant par exemple que, en cas de faillite d'un des preneurs, le bail ne prend fin qu'à l'égard de celui-ci, mais continue à produire ses effets à l'égard des autres preneurs.

» "C'est partant à bon droit que le premier juge a dit qu'eu égard aux susdites considérations, à savoir que le bail avait pris fin à l'égard de tous les preneurs, la demande de Soc1 tendant à voir le bail résilié, était devenue sans objet, étant donné qu'en l'espèce c'est l'avènement de la faillite de Soc2 qui a justifié la résiliation de plein droit du contrat de bail.

» "La résiliation du contrat de bail étant la conséquence de la mise en faillite de Soc2 et ne se produisant qu'une seule fois à l'égard de tous les cocontractants, il s'ensuit que c'est à tort que l'appelante tente de porter le débat sur la résiliation pour faute dans le chef de tous les preneurs, étant précisé que tout en reconnaissant, d'une part, la résiliation, de plein droit du contrat de bail dans le chef de Soc2, l'appelante fait, d'autre part, un amalgame, sans distinction au niveau des preneurs, en demandant à voir

(37) Il est toutefois possible que la question d'un éventuel dépassement du délai raisonnable fasse l'objet du nouveau débat qui aura nécessairement lieu devant le Tribunal UE.